

3. COMENTÁRIOS À JURISPRUDÊNCIA

3.1 RESPONSABILIZAÇÃO PESSOAL DE ADMINISTRADORES DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA

MÁRIO CÉSAR HAMDAN GONTIJO

Advogado, Professor, Especialista em Direito Processual Civil
Mestrando em Direito Empresarial pela Universidade de Itaúna/MG - UIT

1. Da decisão

Trata a decisão em referência de um acórdão proferido pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça em 4 de outubro de 2007 e publicado no Diário Oficial da União em 25 de outubro de 2007.

O acórdão foi relatado pela Ministra Nancy Andrigli, cujo voto foi seguido na íntegra pelos Ministros Humberto Gomes de Barros e Ari Pargendler.

Foram julgados na ocasião três recursos especiais, um dos quais adesivo aos dois outros.

Tratava-se de uma ação civil pública proposta pelo Ministério Público de São Paulo buscando a responsabilização pessoal dos administradores de uma instituição financeira (Garavelo e Cia.) pela reparação dos prejuízos provocados e que já haviam sido apurados em inquérito pelo Banco Central do Brasil, nos termos do art. 41 da Lei 6.024/74.

Em primeiro grau, o pedido foi julgado procedente, com a condenação de todos os administradores da sociedade, de fato e de direito, ao ressarcimento dos prejuízos apurados. A decisão foi mantida pelo Tribunal de Justiça de São Paulo. Ambas as decisões concluíram que a responsabilidade dos administradores pela reparação dos danos seria objetiva.

Dessa decisão, foram interpostos os recursos especiais que levaram à prolação do acórdão debatido.

As questões postas a julgamento ao Superior Tribunal de Justiça foram, basicamente, da legitimidade do Ministério Público para prosseguir na ação após ter ocorrido a decretação da falência da instituição financeira; da natureza da responsabilidade dos administradores (subjativa ou objetiva); da ausência de condenação ao pagamento

de honorários advocatícios sucumbenciais.

Os recursos foram admitidos e, por conseguinte, julgados.

2. Do objeto do trabalho

Este ensaio tem como proposta a análise da decisão sob a temática das ações coletivas na área empresarial. Por esta razão, será chamada à discussão exclusivamente a questão da atuação do Ministério Público na causa, com análise do tratamento dado pelo tribunal a ela.

O Ministério Público tem legitimidade ativa para, havendo intervenção ou liquidação extrajudicial em instituições financeiras, propor ações com vistas à responsabilização dos ex-administradores da sociedade em questão, conforme lhe assegura o parágrafo único do artigo 46 da Lei 6.024/74.¹ Em verdade, como se vê pelo texto legal, mais que legitimidade, o Ministério Público tem o dever de propor a ação.

Por seu turno, o artigo 47² da mesma lei dispõe que se, uma vez proposta a ação, sobrevier a decretação da falência da instituição financeira, o administrador judicial³ nomeado deverá providenciar a substituição processual do Ministério Público como autor da ação civil pública e, a partir daí, tomar as medidas necessárias ao cumprimento da lei.

No caso em apreço, a substituição ocorreu em momento posterior à decretação da falência, levando à arguição da ilegitimidade do Ministério Público para o prosseguimento da ação civil pública.

¹ Art. 46. [...]

Parágrafo único. O órgão do Ministério Público, nos casos de intervenção e liquidação extrajudicial proporá a ação obrigatoriamente dentro em trinta dias, a contar da realização do arresto, sob pena de responsabilidade e preclusão da sua iniciativa. Findo esse prazo, ficarão os autos em cartório, à disposição de qualquer credor, que poderá iniciar a ação, nos quinze dias seguintes. Se neste último prazo ninguém o fizer, levantar-se-ão o arresto e a indisponibilidade, apensando-se os autos aos da falência, se for o caso.

² Art. 47. Se, decretado o arresto ou proposta a ação, sobrevier a falência da entidade, competirá ao síndico tomar, daí por diante, as providências necessárias ao efetivo cumprimento das determinações desta Lei, cabendo-lhe promover a devida substituição processual, no prazo de trinta dias, contados da data do seu compromisso.

³ A Lei 6.024 é de 1974, quando o instituto jurídico da falência era regido pelo D. 7.661/45 que trazia a previsão de que a administração das massas falidas ficaria a cargo do síndico e, por isso, faz referência a “síndico”. Atualmente, com a entrada em vigor da Lei 11.101/05 as massas falidas são conduzidas pelo “administrador judicial”. Uma leitura atualizada do dispositivo, portanto, deve ser feita dando-se ao responsável o título de administrador judicial e não mais de síndico.

Analisando a questão, o tribunal salientou que a legitimidade do Ministério Público para a ação decorria não somente do disposto no parágrafo único do artigo 46 da Lei 6.024/74, mas também do disposto nos artigos 5º e 21 da Lei 7.347/85, 25, IV, “a”, da Lei 8.625/93 e 129, III, e §1º da Constituição da República e que, como esses dispositivos não foram objeto do recurso, incidiria na hipótese a Súmula 283 do Supremo Tribunal Federal.⁴

Apesar disso, ressaltou-se que, ainda que as normas mencionadas não legitimassem ativamente o Ministério Público para a propositura e prosseguimento da ação, o entendimento jurisprudencial do tribunal é no sentido de que, na inércia do Síndico (administrador judicial), permanece o Ministério Público com “pertinência subjetiva para ajuizar e prosseguir com as ações mencionadas”.

Por fim, observou-se que, a partir de quando a massa falida foi notificada da existência da ação, ela se fez representar no processo e o Ministério Público passou a atuar como *custos legis*.

Concluiu-se, então, que, se houve problema de substituição processual, ele já estava sanado.

Como se vê, tanto as partes como o Superior Tribunal de Justiça, por sua Terceira Turma, trataram a atuação do Ministério Público na causa como sendo de legitimidade ativa, sendo este o primeiro problema a ser discutido.

É interessante, ainda, uma análise da legitimação, da questão da pertinência temática e da adequada representação para a propositura de ações civil públicas como a tratada neste caso.

Tentaremos responder as indagações.

3. Legitimidade ativa, representação adequada e pertinência temática

Três são as questões que envolvem a parte que promove uma ação coletiva: a legitimidade ativa, a representação adequada e a pertinência temática.

3.1. Legitimidade ativa

A legitimidade ativa *ad causam* pode ser definida, de forma clássica, como “[...] o requisito que surge pela prova prefacial, inequívoca e indispensável da titularidade

⁴ Súmula nº 283. É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles.

do direito alegado” (LEAL, 2004, p. 126). Veja-se que não se fala, ainda, na existência do direito vindicado, que é matéria do mérito da ação, mas se exige que o autor da ação seja o titular do direito vindicado.

Quando se analisa a legitimidade para a causa, faz-se apenas uma análise quanto à titularidade do direito postulado, na eventualidade de este vir a ser reconhecido.

A própria lei⁵ se encarrega de dar os limites para esta condição da ação ao dispor que a ninguém é legítimo buscar, em nome próprio, direito alheio, ressalvadas as autorizações legais expressas.⁶

Sob esta ótica, se falava em legitimação ordinária, quando o direito postulado era da própria parte que o pedia, e em legitimação extraordinária, quando o direito cujo reconhecimento se pretendia em nome do autor pertencesse (ainda que somente em tese) a um terceiro.

Esses limites, no entanto, se viram ampliados pela Constituição da República, como ensina a literatura especializada:

A Constituição de 1988, contudo, ampliou sobremaneira os estreitos limites do art. 6º do Código de Processo Civil, que vinha sendo criticado pela doutrina por impedir, com seu individualismo, o acesso ao Poder Judiciário (*sobretudo para a defesa de interesses difusos e coletivos*). (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2005, p. 268, grifo nosso)

A leitura constitucionalizada do artigo 6º do Código de Processo Civil leva, obrigatoriamente, à superação do mencionado individualismo que, ademais, permeia toda a legislação processual brasileira clássica.

Como ensina Gregório Assagra de Almeida (2008, p. 397-398), a clássica divisão do Direito em público e privado é inadequada ao atual ordenamento jurídico brasileiro, sendo melhor uma divisão relativa do direito em individual e coletivo.⁷ De se ver

⁵ Art. 6º do Código de Processo Civil.

⁶ Exemplo desta autorização legal para se pleitear direito alheio em nome próprio se encontra no artigo 159, §3º, da Lei 6.404/76, que autoriza qualquer acionista a, em caso de inércia da companhia, propor ação de responsabilização dos administradores com o fim de ressarcimento ao patrimônio da pessoa jurídica (e não do patrimônio do próprio acionista).

⁷ Na atual quadra do pensamento jurídico, não há como se pensar em um ramo do direito que não seja constitucional. O próprio Direito Civil tem suas premissas fixadas na Constituição da República. Pela divisão clássica (público e privado), o Direito Constitucional seria público e o Civil, privado. Como se explicaria, então, o regramento do Direito Civil pelo Direito Constitucional? A inadequação da divisão

que é a própria Constituição da República que sugere esta nova divisão ao prever, textualmente, em no Capítulo I do Título II que ali se trata “dos direitos e deveres *individuais e coletivos*” como “direitos e garantias fundamentais”.

Assim, o Direito Processual Civil clássico, individualista, deve ser relido a partir dos atuais preceitos constitucionais para se chegar à compreensão da proteção e efetivação dos direitos coletivos (sem se descurar, é claro dos direitos individuais).

Com o reconhecimento da existência de direitos coletivos, a questão da legitimação ativa precisou ser revisitada. E assim o fizeram os juristas.

Analisando a questão, Ricardo de Barros Leonel (2002, p. 159) conclui que:

[...] quem demanda em defesa de interesses difusos ou coletivos, postula ao mesmo tempo tanto aquilo que é próprio com alheio e indivisível; não se pode, assim, afirmar que atue como legitimado ordinário, pois não o é integralmente ao pretender a defesa do que é de titularidade alheia; não se pode, do mesmo modo, asseverar que postule como legitimado extraordinário, pois, embora atue em nome próprio na defesa de interesse alheio, também atua para a tutela de interesse próprio. Foge esta modalidade de legitimação às regras, princípios e concepções clássicas.

A posição que melhor se ajusta à identificação da natureza jurídica da legitimação para a defesa dos interesses difusos e coletivos, é no sentido de que *se trata de legitimação denominada autônoma* para a condução do processo. (grifos nossos).

Da mesma maneira entendem Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery (1999, p. 1515).

A tendência, ao que parece, é fundar a legitimação ativa *ad causam* numa “[...] concepção objetiva do direito e independente da suposição de um direito subjetivo ou de um interesse material do legitimado *ad causam*” (ZACLIS, 2007, p. 93).

Por fim, vale ressaltar a explicação de Gregório Assagra de Almeida sobre o tema, quando o autor propõe haver a necessidade de se responder, em termos de processo coletivo, quando se perquirir acerca de legitimação ativa *ad causam*, à pergunta: “legitimidade para quê?”, ao que ele responde que “[...] nesse caso há a necessidade,

clássica se mostra, portanto, inadequada atualmente.

pelo menos em tese, de que o ente coletivo legitimado ativamente para as demandas coletivas compareça para a defesa de afirmação de direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos” (ALMEIDA, 2007, p. 116).

Desta forma, e dentro desta nova dimensão que se deve dar à legitimidade ativa *ad causam* no que tange aos processos coletivos, é que se permite ao Ministério Público ser parte ativa na defesa de direitos ou interesses coletivos em sentido amplo.⁸

Se o Ministério Público propôs a ação civil pública para a responsabilização dos administradores da sociedade empresária que se equipara a uma instituição financeira, e o fez na defesa de interesses coletivos dos credores daquela sociedade, a decisão do Superior Tribunal de Justiça se mostra acertada ao concluir que o órgão detinha legitimidade ativa *ad causam*.

3.2. Pertinência temática

A pertinência temática, por seu turno, é a necessidade decorrente da lei de que a ação civil pública tenha por objeto algo ligado às *finalidades institucionais* daquele ente que se apresentar como autor (ALMEIDA, 2007, p. 117). Tem que ver com a questão da legitimidade ativa para a causa, mas com ela não se confunde. A pertinência subjetiva entre a parte e a demanda deve ser demonstrada para que se conclua pela sua legitimidade. Assim, uma coisa leva à outra, mas são institutos distintos.

Não parece desarrazoado fazer uma ligação entre a exigência de que haja pertinência temática e a observação feita por Ricardo de Barros Leonel (2002), já transcrita, no sentido de que os legitimados às ações coletivas buscam a proteção de interesses que, além de seus, são também de outros. Ou seja, há, ainda que de forma reduzida, um interesse direto do legitimado no objeto da demanda.

A existência desse interesse, ainda que reduzido, é que, parece-nos, leva à exigência de que haja a chamada pertinência temática.

A pertinência temática pode ser primária, quando o objeto da causa se ligar diretamente ao fim principal do ente coletivo, ou secundária quando esta ligação se der quanto a outras finalidades institucionais do autor. É o caso, por exemplo, de uma associação de defesa dos direitos dos consumidores e que tenha por finalidade, também, a defesa dos direitos dos idosos. Se a ação civil proposta por esta associação se referir a direitos dos consumidores, a pertinência temática será primária. Se,

⁸ “Em sentido amplo” para diferenciar o termo no sentido ora empregado do seu sentido estrito de espécie de direito coletivo, ao lado dos difusos e dos individuais homogêneos.

contudo, se referir a direitos dos idosos, ela será secundária. Num caso ou noutro, haverá a pertinência temática (ALMEIDA, 2007, p. 120).

Também se pode falar em pertinência temática geral, para se referir ao fato de o direito afirmado poder ser objeto de ação coletiva, e específica, referente ao fato de haver correlação entre o objeto da ação e as finalidades institucionais do autor (ALMEIDA, 2007, p. 124).

Especificamente com relação ao Ministério Público, explica Gregório Assagra de Almeida (2007, p. 124) que somente se exige a pertinência temática geral, ou seja, que o direito postulado realmente possa ser objeto de ação civil pública.⁹

Esta interpretação é absolutamente consonante com o artigo 129, III da Constituição da República que prevê que é função institucional do Ministério Público “promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente *e de outros interesses difusos e coletivos*”. A Constituição da República, portanto, é expressa a declarar, de antemão, que qualquer tema que possa ser objeto de ação coletiva é afeto às finalidades institucionais do Ministério Público.

Seja de uma forma ou de outra, não haverá diferença: ou não se exige pertinência temática específica do Ministério Público ou este órgão a detém em qualquer situação.

Desta forma, também o requisito da pertinência temática se fez presente (ou não era exigível) na ação civil pública proposta pelo Ministério Público, objeto do acórdão comentado.

3.3. Representação adequada

Por fim, tem-se a questão da representação adequada.

Antônio Gidi, fazendo uma análise sobre a adequada representação quanto ao direito americano menciona que tal requisito se compõe por dois elementos, quais sejam, “a ausência de antagonismo ou conflito de interesses entre o representante e o grupo e a possibilidade de assegurar a vigorosa tutela dos interesses do grupo” e explica, ainda, que a adequação da representatividade atinge o advogado da parte (se for o caso) (GIDI, 2008).

⁹ Há tendência jurisprudencial de se entender que o Ministério Público não teria legitimidade para propor ações buscando a tutela de interesses individuais homogêneos disponíveis (STJ; AgRg-AgRg-REsp 669.371; STJ; AgRg-REsp 441.815).

O mesmo autor ilustra o tema propondo a situação em que uma pequena associação, sem condições financeiras para fazer frente às despesas processuais que podem ser consideráveis e nem para contratar um bom advogado, ajuíza uma ação coletiva pondo em risco o direito de todo o grupo representado.

O controle da representação adequada no direito anglo-saxão é feito *ope judicis*, com o juízo verificando se quem se propõe a ser o autor da ação coletiva a detém. Caso se conclua de forma negativa, a ação não será recebida e o processo não se iniciará.

No Brasil, a princípio, o controle da representatividade adequada se dá *ope legis*, com o próprio legislador elegendo quais as instituições a detém.

Surge controvérsia na literatura jurídica quanto à possibilidade de o juízo fazer o controle da representatividade em um caso concreto, superando a eleição feita pelo legislador para reconhecer que, ainda que o autor esteja arrolado na lei como representante adequado, ele não o seja de fato.

E as posições dos juristas vão da proibição de que o juízo o faça (ARRUDA ALVIM *et al*, 1995, p. 381-382) até a obrigatoriedade de que seja feita (GIDI, 2008; ZACLIS, 2007, p. 109-110).

Gregório Assagra de Almeida, analisando a questão, é taxativo ao concluir que a “inserção do País do controle negativo da representatividade adequada concretamente pelo juiz (*ope judicis*), além de flagrantemente inconstitucional, poderá gerar incidentes processuais indesejados” (ALMEIDA, 2007, p. 114). Este autor ressalva a possibilidade de dispensa, pelo juiz, do prazo mínimo de constituição de associação.¹⁰

No caso submetido à análise do Superior Tribunal de Justiça, há situação relacionada à representação adequada.

De fato, a Lei 6.024/74 impõe ao Ministério Público a propositura da ação dentro de 30 dias após a realização do arresto dos bens dos administradores, sob pena de responsabilidade e preclusão da sua iniciativa.

Assim, dentro daquele prazo, o Ministério Público detém legitimidade ativa e pertinência temática (ou esta não lhe é exigível) para propor a ação civil pública para responsabilização dos administradores da sociedade.

A ação foi proposta e, no seu curso, ocorreu a decretação da falência da sociedade

¹⁰ Não se trata propriamente de uma ressalva, já que neste caso o controle é positivo. Há uma negativa do legislador que pode ser afastada pelo juízo.

empresária. Este fato, ou seja, a decretação da falência faz com que, a partir daí, deva o administrador judicial nomeado no processo falimentar assumir a ação civil pública proposta pelo Ministério Público, substituindo-o processualmente.

É de se ver que a lei prevê que a substituição processual do Ministério Público pelo administrador judicial deve ser dar em até trinta dias contados da data em que este, aceitando o encargo que lhe foi dado no processo falimentar, assina nos autos em que se processa a falência o termo de compromisso a que alude o artigo 33 da Lei 11.101/05.

Textualmente, prevê o aludido artigo 33 da Lei de Falência Recuperação de Empresas:

Art. 33. O administrador judicial e os membros do Comitê de Credores, logo que nomeados, serão intimados pessoalmente para, em 48 (quarenta e oito) horas, assinar, na sede do juízo, o termo de *compromisso de bem e fielmente desempenhar o cargo e assumir todas as responsabilidades a ele inerentes*.

Desta forma, aceitando o encargo e assinando o termo de compromisso, o administrador judicial passa a ter a obrigação de agir não somente no processo de falência, propriamente dito, mas em todos aqueles a que a lei (ainda que não a Lei 11.101/05) lhe imponha tal responsabilidade.

Uma dessas obrigações é exatamente a de substituir processualmente o Ministério Público em ações civis públicas com a que ele havia proposto.

Ora, se o administrador judicial não cumpriu uma obrigação que a própria lei lhe impõe, ele não se mostra um representante adequado do grupo de credores da sociedade (massa falida) e de seus administradores. E nem se diga que, conforme ressaltado no acórdão, o fato de somente na sentença da ação civil pública se ter determinado a notificação do administrador judicial, afastaria a inadequação. A obrigação imposta pela lei é de que ele promova a substituição processual em até trinta dias da assinatura do termo de compromisso, não havendo necessidade de sua notificação para isso.

Dito isso, é de se notar que a arguição de ilegitimidade ativa do Ministério Público foi afastada pelo Superior Tribunal de Justiça por três argumentos:

- 1 – a legitimidade para a propositura da ação decorre diretamente do artigo 46 da Lei 6.024/74;
- 2 – ainda que, com a decretação da falência, do Ministério Público fosse retirada a legitimação para continuar agindo como autor da ação, como se interpretou a partir

do conteúdo do artigo 47 da Lei 6.024/74, há diversos outros dispositivos (inclusive um constitucional) que mantêm a sua legitimidade, sendo esta a interpretação que aquele mesmo tribunal já dera à questão em outra oportunidade;

3 – desde que notificado o administrador judicial, a massa falida assumiu a autoria da ação (substituição processual), passando o Ministério Público a atuar como fiscal da lei, razão pela qual o eventual vício da substituição estaria sanado e superado.

De maneira indireta e implícita, o que o Superior Tribunal de Justiça fez com relação a esta questão foi, sob a batuta da teoria crítica do direito,¹¹ afastar o fato de que o administrador judicial se mostrou um representante inadequado dos interesses do grupo representado, notadamente porque, em sua omissão, o Ministério Público foi um representante adequado. Ou seja, entre questões procedimentais e o resultado social prático, o tribunal optou por um enfoque político do direito, e não meramente instrumental.

4. Referências Bibliográficas

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito material coletivo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Manual das ações constitucionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

ARRUDA ALVIM, José Manoel *et al.* *Código de defesa do consumidor comentado*. 2. ed. São Paulo: RT, 1995.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

GIDI, Antônio. *A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta*. Disponível em <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1016416>. Acesso em: 3 out. 2008.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 5. ed. São Paulo: Thomson-IOB, 2004.

LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. São Paulo: RT, 2002.

¹¹ Que, como ensina Gregório Assagra de Almeida, “[...] pretende questionar o pensamento jurídico tradicional em vários pontos de suas premissas básicas, tais como a neutralidade, completude, cientificidade e, com isso, destacar o caráter ideológico do Direito, buscando a sua equiparação à Política, dentro de um discurso que, estabelecido com base em uma prática libertária e transformadora, objetiva combater o uso do Direito como técnica e instrumento de manutenção da hegemonia da classe dominante.” (2008, p. 272).

NERY JÚNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*. 4. ed. São Paulo: RT, 1999.

ZACLIS, Lionel. *Proteção coletiva dos investidores no mercado de capitais*. São Paulo: RT, 2007.